

Tratamiento De Fertilizacion Cobertura De La Obra Social

JURISPRUDENCIA

Tratamiento de fertilización. Cobertura de la obra social

Se

rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido contra la sentencia que confirmó la procedencia de la acción de amparo, e impuso a la demandada la cobertura integral del procedimiento de fertilización asistida que requiriera la amparista.

En la ciudad de Corrientes, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diecisiete, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° EXP 129517/16, caratulado: "VILLALBA NURI GABRIELA C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES S/ AMPARO (FUERO CIVIL)". Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Luis Eduardo Rey Vázquez, Alejandro Alberto Chaín, Eduardo Gilberto Panseri, Fernando Augusto Niz y Guillermo Horacio Semhan. EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice: I. Contra la sentencia 63 de fs. 127/132vta. de la Excm. Cámara en lo Contencioso Administrativo y Electoral que al rechazar el recurso de apelación interpuesto por el IOSCOR confirmó la procedencia de la acción de amparo interpuesta en causa, para así ordenar a la demandada a la cobertura integral del procedimiento de fertilización asistida por técnica ICSI con ovodonación, incluidos los medicamentos y gastos; la accionada dedujo a fs. 139/146vta. el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración de este Superior Tribunal. II. En esa decisión, la Cámara argumentó que el derecho a la salud tiene entidad constitucional y que todas las decisiones de los organismos públicos deben ser acordes a su concreción. Recordó que el 5 de junio de 2013 se sancionó la ley 26.682 que en el art. 8° establece que todos los agentes que brinden servicios médico- asistenciales deberán brindarles cobertura integral e interdisciplinaria, los medicamentos, las terapias de apoyo, los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción humanamente asistida. Y el art. 2° del decreto reglamentario 956/2013 que considera como técnicas de reproducción medicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo, entendiéndose por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones; y la vitrificación de tejidos reproductivos. En ese marco, consideró que el razonamiento del a quo resultó ajustado al principio de legalidad en tanto reconoció el derecho de la amparista y la obligación de la obra social respecto del tratamiento de reproducción asistida en forma integral, incluido medicamentos y gastos, hasta su entera satisfacción. Reconoció que el Programa Médico Obligatorio (PMO) le impone un mínimo de cobertura que debe ser prestado a los beneficiarios, que incluso, antes de ser incluido en dicho programa mediante el dictado de la ley 26.682, el Superior Tribunal de Justicia ya lo había reconocido por sentencia 29/2011. Agregó que los argumentos vertidos por la obra social no lograron justificar la omisión incurrida frente al derecho peticionado por la amparista, toda vez que el silencio frente a la solicitud concreta de la actora y la poca sensibilidad a la hora del tratamiento urgente de un tema como la salud reproductiva y la infertilidad que aqueja a la beneficiaria, exhiben una clara conducta omisiva, dilatoria y lesiva de los derechos constitucionales en juego. Concluyó que los agravios del recurrente no son aptos para conmovir el fallo pues resultan una reiteración de los argumentos vertidos al contestar el informe de ley, que traducen sólo un descontento frente al fallo dictado por el a quo. III. Se agravia el recurrente aduciendo que su parte en ningún momento desconoció el derecho a la salud de la afiliada Villalba, pues le brindó la cobertura del 100% de cuatro procedimientos de alta complejidad, tres de los cuales fueron por técnica ICSI, y el último de ellos mediante ovodonación, por lo tanto, considera que no se encuentran presentes los recaudos necesarios para la procedencia de la acción de amparo. Transcribe el fragmento de un supuesto voto de una Jueza de la Cámara Civil y Comercial de esta ciudad en el que se rechazó la acción de amparo con fundamentos vinculados al destino de los embriones que no fueran transferidos al útero de la mujer; la cantidad de transferencias de embriones que se deben realizar a la hora de contabilizar como un procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad a los fines de la aplicación de la ley; y por cuestionamientos de carácter científico, moral, filosófico y jurídico, no sólo en relación a la complejidad del asunto sino al desarrollo constante de la ciencia en ese campo. Señala que el fallo no resulta claro toda vez que en la parte resolutive ordena la cobertura integral ¿hasta su entera satisfacción? desconociendo si culmina con el quinto procedimiento o si debe continuar hasta el logro del embarazo de la actora, lo que de ser así iría en contra de lo normado por la ley 26.682 y su decreto reglamentario 956/13 que limita la cantidad de intentos de

tratamientos de alta complejidad a tres. Cuestiona que se haya dicho que existió omisión de su parte cuando actuó con la premura del caso autorizando los tratamientos incluso antes de cumplirse los plazos establecidos en la ley. Contrariamente afirma que existió desidia de la actora que abandonó el trámite administrativo y ocho meses después interpuso la acción de amparo. Por último impugna la imposición de las costas, las que considera que deben ser impuestas por su orden, en atención a que existen razones válidas para litigar en defensa de los derechos de su parte, pidiendo que se las exima de aquellas. IV. La vía de gravamen se dedujo en término, con satisfacción de la carga técnica relativa a su fundamentación, se dirige contra la sentencia que pone fin al proceso y el recurrente se encuentra exento del depósito económico de conformidad con lo estatuido por el art. 272 del C. P. C. y C. En esas condiciones se trata de una impugnación admisible, por lo que pasamos sin más a analizar su mérito o demérito. V. En ese quehacer, y analizando el agravio vinculado a la idoneidad de la vía de amparo, este Superior Tribunal de Justicia ya tuvo oportunidad de expedirse en varios pronunciamientos señalando que conforme la naturaleza de los derechos comprometidos no es posible que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario, pues se perjudicaría y/o frustraría la posibilidad de procreación teniendo presente que de acuerdo a la edad de la actora no se encuentra lejos cronológicamente de los tiempos en los cuales la reducción de esas posibilidades se acentúan por un proceso natural y biológico inherente a todo miembro de ese género, siendo lamentable que, remitiéndola a aguardar la decisión que se adopte en otro tipo de proceso con conocimiento pleno, obtuviera una decisión favorable a su pretensión, pero ella llegara demasiado tarde en función de sus circunstancias biológicas. En consonancia con ello, es copiosa la nómina de precedentes jurisprudenciales en los cuales se han acogido, por vía de amparo, reclamos análogos al que nos ocupa, obligando a las prestadoras de salud a afrontar los costos de fecundación asistida de sus afiliados (Cám. Nac. Com., sala D, 13.8.02, "D.F.C. c/ OMINT SA de servicios", JA, 2003-II-403, con nota de Guillermo Peyrano; Cám. Cont. Adm. La Plata, 7.3.06, "M.M.C. y otro c/IOMA", www.abeledoperrot.com; Cám. Cont. Adm. San Nicolás, Pcia. Bs.As., 17.4.07, "M.P.E. y otro c. Ministerio de Salud - Instituto de Obra Médico Asistencial - IOMA", www.abeledoperrot.com, n° 70037436; Cám. Cont. Adm. y Tributario, CABA, Sala 2°, 26.5.08, "A.M.R. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", www.abeledoperrot.com, n° 35025697; Juzgado Nac. Civ. y Com. Federal n° 11, 20.8.08, "B.A.A. C. OSDE", www.abeledoperrot.com, n° 70050416; Juzgado Correccional y de garantías 8va. Nominación, Salta, 5.9.08, "Instituto Provincial de Salud de Salta - amparos constitucionales, R.PN.D. y P.E.E", www.diariojudicial.com"; Cám. Nac. Civ. y Com. Federal, Sala 1°, 14.10.08, "C.L.M.C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", SJA 11.3.09; Cám. Apel. Cont. Adm. San Nicolás, 15.12.08, "S.A.F. y A.H.A.", LA LEY, 2009-A, 408; Cám. Cont. Adm. San Martín, 30.12.08, "Q.M.T. C. Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires - IOMA", www.abeledoperrot.com, n° 70051970; Cam. Fed. Mar del Plata, 12.1.2010, "U.V.C. c. OSDE, LL online, AR/JUR/207/2010; Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 13.11.09, "G.C.G. y otro c/OSDE, LL 2010-B-154; Juzgado de 1° Instancia en lo Cont. Adm. n° 1 de La Plata, 14.10.2004, "L.M.L.C. y otros c. IOMA s/amparo", con nota de Mabel Romero titulada "Reproducción asistida, manipulación genética y la cobertura del sistema de seguridad social: otro enfoque?, LL Sup. Actualidad, 21.6.07, p. 1; etc.). Admitida la vía del amparo, en base a la prueba documental acompañada, surge que a la Sra. Villalba se le diagnosticó ESTERILIDAD PRIMARIA POR FACTOR FEMENINO: FALLA OVÁRICA PREMATURA + ENDOMETRIOSIS + HIPOTIROIDISMO. En ese sentido, el tratamiento indicado por la profesional tratante -teniendo en cuenta el fracaso de los tres intentos anteriores- fue el tratamiento por técnica ICSI con ovodonación exclusiva. Este tratamiento se realizó sin éxito en el año 2014 con óvulos de una donante, transfiriéndose dos embriones de buena calidad, no obstante lo cual no se obtuvo la gestación. Ante ello, la actora se presenta nuevamente al IOSCOR el 1° de abril de 2015 solicitando la cobertura de un nuevo tratamiento por técnica ICSI con ovodonación, acompañado para ese fin presupuesto de la Clínica PROCREARTE, sin haber obtenido respuestas, lo que motivó que iniciara el 28 de marzo de 2016 la acción de amparo. En ese sentido, considero que el silencio debe ser entendido como denegatoria del pedido, pues transcurrido casi un año de la solicitud sin haberse expedido, se justifica el inicio de esta acción de amparo (art. 11; ley 3.460). De tal modo que el argumento ensayado por la recurrente que la actora debía esperar que se expida la Administración para recién entonces iniciar la acción de amparo, no resiste el menor análisis toda vez que transcurrió casi un año sin que el IOSCOR se expidiera sobre la concreta solicitud de la amparista. Ahora bien, con la sanción de la ley 26.862 se puso fin a una controvertida cuestión de si las obras sociales debían o no cubrir los tratamientos de fertilización médica asistida -de alta o baja complejidad- habida cuenta de que no se encontraban incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). No pocos fueron los pronunciamientos que se registraron sobre el tema, bastando repasar los repertorios de jurisprudencia para observar la prolífica casuística referente a acciones de amparo iniciadas por parejas que pretendían la cobertura de los tratamientos de reproducción asistida, no obstante no estar incluida en el Programa Médico Obligatorio. Lo que incluso motivó que este Superior Tribunal sea uno de los primeros tribunales del país en pronunciarse sobre el asunto (Sent. N° 29/11 y Sent. N° 52/12). Volviendo a la ley, el art. 8° expresamente prevé: ?Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial

de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios?.

¿También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro?.

Así, la ley de fertilización asistida vino a brindar respuesta al debate instalado en la sociedad en torno a la posición del Estado como garante del acceso integral a los tratamientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida por parte de todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda instrumentar una discriminación o exclusión debida a la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado; que bajo tales premisas, la ley esencialmente legisla sobre los beneficiarios y la cobertura de las prestaciones de fertilización médica asistida que deben brindar los establecimientos asistenciales habilitados al efecto.

La ley es reglamentada por decreto del PEN 956/2013 que al regular el art. 8, establece -en otras cuestiones- que una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos. Previendo que debe comenzarse con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. Y a los efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad, deben cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad.

La norma instituye también que la autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Señalando que la ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.

Frente a vacíos que se fueron presentando, en el carácter de autoridad de aplicación y en su rol rector en la materia, el Ministerio de Salud de la Nación fijó en el mes de enero del corriente año los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el art. 8° de la ley, especificando detalladamente lo que comprende cada tratamiento (Cfr. Resolución 1E/2017 MSPN).

En ese contexto, en el caso particular de autos, frente al diagnóstico médico de la amparista, la recomendación profesional fue el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad por técnica ICSI con ovodonación. Para esa receta, la resolución de la autoridad de aplicación determinó en el Anexo I, apartado d), que un tratamiento de alta complejidad con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con ovocitos donados comprende los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) UNA (1) estimulación endometrial receptora; (II) UNA (1) estimulación ovárica -también denominada estimulación ovárica controlada- de la donante; (III) UNA (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico de la donante; (IV) UN (1) procesamiento de esperma mediante Swim up o Percoll; (V) UNA (1) microinseminación de los ovocitos donados; (VI) UN (1) cultivo in Vitro hasta blastocito; y (VII) hasta TRES (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados).

De ello podemos inferir que no existen motivos para que la obra social, obligada a cubrir los tratamientos de fertilización médica asistida de alta complejidad requerida en el presente caso haya resistido con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta a cubrir los gastos que demanda el tratamiento solicitado, puesto ello le resulta obligatorio de conformidad con el marco legal reseñado.

En definitiva, a la luz de lo actuado en este proceso y conforme las constancias de autos como en razón del ordenamiento jurídico aplicable y reseñado, y la falta de cobertura en este caso concreto deja sin sustento la oposición realizada por el accionado, y configura una actuación manifiestamente arbitraria o ilegítima, que lesiona el derecho a la salud de la amparista. Fundamentalmente, la posibilidad de revertir a través del tratamiento requerido la infertilidad como enfermedad que impide la procreación, pone en juego derechos fundamentales primarios de la persona, preexistentes al Estado, tales

como lo son los derechos naturales a la vida, a la salud y a la dignidad. VI. Luego el argumento relacionado con el destino de los embriones no transferidos al útero de la actora, constituye una cuestión introducida recién al interponer la vía recursiva, razón por la cual deviene fruto de una reflexión tardía y por lo tanto ajeno al recurso extraordinario. VII. Por último, tampoco tendrá mejor suerte el agravio relativo a las costas, toda vez que lo resuelto en origen no significa más que la aplicación del principio objetivo de la derrota, no encontrando motivo alguno que autorice actuar de modo contrario. Así como tampoco se evidencia que la Cámara haya incurrido en algún motivo que autorice el contralor o revisión de éste Superior Tribunal (violación de la ley o iniquidad en la distribución de las causídicas); se impone entonces la confirmación de lo decidido en todas sus partes. En base a los fundamentos expuestos y si la solución que propicio resultare compartida por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 139/146vta., para así confirmar el pronunciamiento recurrido en todas sus partes. Con costas a la recurrente vencida. Así voto.- A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Coincido con la solución que propicia el Sr. Ministro votante en primer término, permitiéndome agregar lo siguiente. No caben dudas que las obras sociales tienen el deber de cumplir con los tratamientos de fertilización asistida de baja y alta complejidad, en los supuestos contemplados en la ley 26.862; decreto reglamentario del PEN 956/2014 y resolución 1E/2017 del Ministerio de Salud Pública de la Nación. Ahora bien, no debemos desconocer que atento el alto costo de estos tratamientos, el derecho de uno puede terminar significando la privación de cobertura para otros. Se trata en definitiva de una decisión distributiva de los recursos económicos con que cuenta la obra social para hacer frente a las necesidades de sus afiliados. En ese marco, a los fines de permitir que el reconocimiento de los derechos de unos no implique la denegación de los derechos de otros, considero conveniente exhortar a la autoridad con competencia en el orden local para establecer el pago de un coseguro que resulte proporcional a la complejidad del tratamiento de fertilización técnicamente asistida a realizarse, para de ese modo contribuir a la construcción de un sistema más justo y equitativo. Con estas breves consideraciones adhiero al voto que propicia el Dr. Rey Vázquez y me expido en idéntico sentido. Así voto. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 16 1°) Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 139/146 vta., para así confirmar el pronunciamiento recurrido en todas sus partes. Con costas a la recurrente vencida. 2°) Insértese y notifíquese. Fdo.: Dres. Eduardo Rey Vazquez-Alejandro Chaín-Eduardo Panseri-Fernando Niz-Guillermo Semhan 020916E